1+m

EUROPESE COMMISSIE

SECRETARIAAT GENERAAL

Brussel, 19.7.2013
SG-Greffe(2013) D/ 11196

ONTVANGEN 22 JUL 2013

PERMANENTE
VERTEGENWOORDIGING VAN
NEDERLAND BIJ DE EUROPESE
UNIE
Avenue de Cortenbergh, 4-10
1040 BRUXELLES
BELGIQUE

KENNISGEVING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 297 VAN HET VWEU

Betreft: UITVOERINGSBESLUIT VAN DE COMMISSIE (18.7.2013)

Het Secretariaat-generaal doet U hierbij, voor doorzending aan Zijne Excellentie de Minister van Buitenlandse Zaken, bijgaand besluit toekomen.

Voor de Secretaris-generaal

Valérie DREZET-HUMEZ

Bij : **C(2013) 4474 final**

NL

Commission européenne, B-1049 Bruxelles / Europese Commissie, B-1049 Brussel - Belgium. Telephone: (32-2) 299 11 11.

http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general
E-mail: sg-greffe-certification@ec.europa.eu

EUROPESE
COMMISSIE

Brussel, 18.7.2013
C(2013) 4474 final

UITVOERINGSBESLUIT VAN DE COMMISSIE

van 18.7.2013

betreffende de niet-toepassing van een aantal bepalingen van het Besluit van 8 juni 2012 van het Koninkrijk der Nederlanden houdende vaststelling van nadere regels met betrekking tot de liberalisering van het internationaal personenvervoer per trein (Besluit Liberaliseringsrichtlijn)

(Slechts de tekst in de Nederlandse taal is authentiek)

UITVOERINGSBESLUIT VAN DE COMMISSIE

van 18.7.2013

betreffende de niet-toepassing van een aantal bepalingen van het Besluit van 8 juni 2012 van het Koninkrijk der Nederlanden houdende vaststelling van nadere regels met betrekking tot de liberalisering van het internationaal personenvervoer per trein (Besluit Liberaliseringsrichtlijn)

(Slechts de tekst in de Nederlandse taal is authentiek)

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie,

Gezien Richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte (herschikking)[1], en met name artikel 61,

Na raadpleging van het Comité voor de Europese spoorwegruimte,

Overwegende hetgeen volgt:

I. Feiten en procedure

(1) Het Koninkrijk der Nederlanden heeft op 8 juni 2012 een besluit vastgesteld waarin nadere regels zijn opgenomen met betrekking tot de liberalisering van het internationaal personenvervoer per trein ("het besluit liberaliseringsrichtlijn"). Op 22 juni 2012 heeft Nederland dit besluit aangemeld bij de Commissie, overeenkomstig artikel 3 van Richtlijn 2007/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 tot wijziging van Richtlijn 91/440/EEG van de Raad betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap, en van Richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur[2].

(2) In het besluit liberaliseringsrichtlijn zijn vooraf bepaalde criteria opgenomen om het hoofddoel van nieuwe passagiersdiensten te bepalen en om vast te stellen of het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract in gevaar komt.

(3) In artikel 3 van het besluit liberaliseringsrichtlijn zijn drie criteria vastgesteld waaraan moet worden voldaan om internationaal vervoer als het hoofddoel van een nieuwe dienst te beschouwen: het deel van het traject buiten Nederland moet ten minste 30 % bedragen, het aandeel passagiers die de Nederlandse grens passeren moet ten minste 75 % bedragen en het deel van de omzet dat afkomstig is van die grensoverschrijdende passagiers moet ten minste 75 % bedragen. De mededingingsautoriteit kan hiervan afwijken indien een economische analyse dat rechtvaardigt en op voorwaarde dat noch de minister van Infrastructuur en Milieu, noch de houder van de concessie voor het hoofdrailnet (HRN-concessie) gevraagd heeft om het hoofddoel van de nieuwe dienst te toetsen.

---

1 PB L 343 van 21.11.2012, blz. 32.

2 PB L 315 van 3.12.2007, blz. 44.

(4) In artikel 5 van het besluit liberaliseringsrichtlijn is bepaald dat het economisch evenwicht van de HRN-concessie in het gedrang komt bij een daling van meer dan 0,4% van het aantal reizigers van het vervoer dat op basis van die concessie wordt uitgevoerd of bij een daling van meer dan 0,4% van de omzet die de houder van de concessie met het op basis van die concessie te verrichten vervoer genereert. De mededingingsautoriteit kan in beperkte mate van deze bepalingen afwijken indien haar analyse van het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract daar aanleiding toe geeft.

(5) De Commissie heeft Nederland via de EU PILOT-databank meegedeeld dat door in de wetgeving vooraf bepaalde beoordelingscriteria met zeer beperkte afwijkingsmogelijkheden op te nemen de onafhankelijke besluitvorming van de mededingingsautoriteit wordt ondermijnd en dat de in het besluit liberaliseringsrichtlijn vastgestelde drempels bovendien erg restrictief zijn.

(6) In het antwoord dat de Commissie op 3 september 2012 heeft ontvangen, heeft Nederland toegelicht dat de in percentages uitgedrukte drempelwaarden inzake het hoofddoel van een nieuwe dienst "zijn afgeleid van concrete cijfers en verwachtingen van het huidige internationale personenvervoer op het hoofdrailnet", uitgaande van de huidige passagierssamenstelling voor de ICE- en Thalys-treinen. De percentages met betrekking tot het economisch evenwicht "zijn gerelateerd aan en afgeleid van de omzet van de concessiehouder voor het hoofdrailnet (over de afgelopen jaren en geprognosticeerd), de verwachte directe effecten van een omzetdaling bij cabotage op de winstcijfers en de relatie en mogelijke effecten daarvan op de in de concessie voor het hoofdrailnet opgenomen concessieprijs tot 2015". De Nederlandse regering is van oordeel dat deze criteria noodzakelijk zijn om de transparantie en duidelijkheid van het beoordelingsproces te waarborgen. De Commissie heeft haar standpunt gehandhaafd. Zij heeft deze argumenten bij brief van 7 december 2012 weerlegd en Nederland erop gewezen dat zij overeenkomstig het EU-recht stappen kan ondernemen om een einde te maken aan deze inbreuk op het EU-recht.

(7) Op 22 januari 2013 hebben de diensten van de Commissie overleg gepleegd met de Nederlandse autoriteiten om de bezwaren van de Commissie betreffende het besluit liberaliseringsrichtlijn nader te bespreken. Tijdens die vergadering hebben de Nederlandse autoriteiten extra tijd gevraagd om te onderzoeken of het besluit kon worden gewijzigd. De twee termijnen waarbinnen zij een definitief standpunt dienden mee te delen (half februari 2013, daarna uitgesteld tot 1 april 2013) is echter verstreken zonder concrete stappen. Nederland heeft de Commissie uiteindelijk op 1 mei 2013 meegedeeld dat het zijn standpunt handhaaft en het besluit niet zal wijzigen.

(8) Het bij artikel 62, lid 1, van Richtlijn 2012/34/EU opgerichte Comité voor de Europese spoorwegruimte heeft het ontwerp van dit uitvoeringsbesluit van de Commissie op 14 juni 2013 besproken. Tijdens die vergadering heeft de Nederlandse delegatie haar standpunt uiteengezet, namelijk dat de Commissie niet bevoegd is om te besluiten of het besluit liberaliseringsrichtlijn al dan niet mag worden toegepast aangezien dat besluit niet kan worden beschouwd als een "specifieke maatregel die door de nationale autoriteiten in toepassing van deze richtlijn is genomen" maar moet worden gezien als een "algemeen bindend besluit van de wetgever." Inhoudelijk argumenteerde de Nederlandse delegatie dat de toezichthoudende instantie op basis van het besluit liberaliseringsrichtlijn over een "zekere" beoordelingsmarge beschikt en dat zij van oordeel was dat Nederland behoefte heeft aan strikte regels vanwege de dichtheid van het spoorwegnet en het feit dat de concessiehouder een vergoeding

betaalt voor de exploitatie van het hoofdrailnet, terwijl nieuwkomers die niet hoeven te betalen en zich kunnen toespitsen op de meest rendabele lijnen.

(9) De Commissie heeft toegelicht dat alle voorwaarden voor de toepassing van artikel 61 waren vervuld. Het Besluit liberaliseringsrichtlijn is een besluit van het Nederlandse Ministerie van Infrastructuur en Milieu. Het lijdt geen twijfel dat dit een "nationale autoriteit" is in de zin van artikel 61 van Richtlijn 2012/34/EU. In dit artikel wordt de term "autoriteit" niet beperkt tot specifieke soorten nationale instanties. Het besluit vormt voorts een "specifieke maatregel die in toepassing van Richtlijn 2012/34/EU is genomen", aangezien het bepalingen bevat die relevant zijn voor de toepassing van de artikelen 10 en 11 van de richtlijn. De woorden "toepassing van deze richtlijn" in artikel 61 moeten breed worden geïnterpreteerd en hebben bijgevolg niet alleen betrekking op maatregelen die zijn genomen "in toepassing van in nationale wetgeving omgezette regelgeving", maar op alle in toepassing van de richtlijn door nationale autoriteiten genomen maatregelen. De omschrijving "maatregelen die zijn genomen in verband met de toepassing van deze richtlijn" heeft derhalve zowel betrekking op omzettingsmaatregelen (die onder "de toepassing van de richtlijn" vallen) als op maatregelen voor de toepassing van in nationale wetgeving omgezette regelgeving. Dit volgt niet alleen uit de formulering van artikel 61, maar ook uit de doelstelling van dit artikel, dat de Commissie de mogelijkheid biedt toezicht uit te oefenen op door instanties van de lidstaten genomen toepassingsmaatregelen, ongeacht het niveau waarop die maatregelen worden genomen. De Nederlandse argumenten betreffende de beoordelingsmarge van de toezichthoudende instantie en de situatie op de Nederlandse spoorvervoersmarkt bevatte geen nieuwe elementen op grond waarvan de Commissie haar juridisch oordeel zou moeten herzien.

II. <u>EU-wetgeving</u>

(10) Artikel 65 van Richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte ("Richtlijn 2012/34/EU") luidt als volgt:

"De Richtlijnen 91/440/EEG, 95/18/EG en 2001/14/EG, zoals gewijzigd bij de in bijlage IX, deel A, genoemde richtlijnen, worden met ingang van 15 december 2012 ingetrokken, onverminderd de verplichtingen van de lidstaten met betrekking tot de omzetting in nationaal recht van de in bijlage IX, deel B, genoemde richtlijnen.

Verwijzingen naar de ingetrokken richtlijnen gelden als verwijzingen naar onderhavige richtlijn en worden gelezen volgens de in bijlage X opgenomen concordantietabel."

Aangezien de verplichting om Richtlijn 2012/34/EU in nationale wetgeving om te zetten uitsluitend van toepassing is op de bepalingen die inhoudelijk zijn gewijzigd ten opzichte van de vorige richtlijn, worden de hieronder geciteerde bepalingen van Richtlijn 2012/34/EU in de context van dit besluit geacht van toepassing te zijn.

(11) Op grond van artikel 10, lid 2, van Richtlijn 2012/34/EU krijgen spoorwegondernemingen recht op toegang tot de spoorweginfrastructuur van alle lidstaten met het oog op de exploitatie van internationale passagiersvervoersdiensten. Bij een internationale passagiersvervoersdienst hebben spoorwegondernemingen het recht om op het internationaal traject op elk station passagiers te laten in- en uitstappen, ook voor trajecten tussen twee stations in dezelfde lidstaat.

(12) In artikel 10, lid 3, van Richtlijn 2012/34/EU is bepaald dat de toezichthoudende instanties als bedoeld in artikel 55 van die richtlijn na een verzoek van de betrokken bevoegde autoriteiten en/of belangstellende spoorwegondernemingen dienen te bepalen of het hoofddoel van de dienst erin bestaat passagiers tussen stations in verschillende lidstaten te vervoeren.

(13) Artikel 11, lid 1, van Richtlijn 2012/34/EU biedt lidstaten de mogelijkheid het recht op toegang tot de spoorweginfrastructuur met het oog op de exploitatie van internationale passagierstreinen te beperken op verbindingen die worden bestreken door een of meer openbaredienstcontracten die in overeenstemming met het recht van de Unie zijn gesloten. Een dergelijke beperking mag niet tot gevolg hebben dat het recht om op elk station van een internationaal traject passagiers te laten instappen en hen op een willekeurig ander station te laten uitstappen wordt beperkt, behalve in gevallen waarin de uitoefening van dit recht het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract in gevaar zou brengen.

(14) In artikel 11, lid 2, van Richtlijn 2012/34/EU is bepaald dat de in artikel 55 bedoelde toezichthoudende instanties op basis van een objectieve economische analyse aan de hand van vooraf vastgestelde criteria dienen te bepalen of het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract al dan niet in gevaar komt door de nieuwe internationale passagiersdienst.

(15) Overweging 21 van Richtlijn 2012/34/EU bevat een lijst van de vooraf vastgestelde criteria waarmee rekening moet worden gehouden, zoals het effect op de rentabiliteit van diensten die in een openbaredienstcontract zijn vervat (met inbegrip van de daaruit voortvloeiende effecten op de nettokosten voor de bevoegde overheidsinstantie die het openbaredienstcontract heeft gegund), de vervoersvraag, de tarieven, de ticketverkoop, de plaats en het aantal van de stops aan weerszijden van de grens, alsmede de dienstregeling en frequentie van de voorgestelde nieuwe dienst. Op grond van een dergelijke beoordeling en het besluit van de desbetreffende toezichthoudende instantie moeten de lidstaten de mogelijkheid hebben om het recht op toegang voor de gevraagde internationale passagiersvervoersdienst toe te staan, te wijzigen of te weigeren, zulks in overeenstemming met de economische analyse en overeenkomstig het recht van de Unie en de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie.

(16) In overweging 23 van Richtlijn 2012/34/EU wordt benadrukt dat de toezichthoudende instantie op zodanige wijze te werk moet gaan dat belangenverstrengeling of elke mogelijke betrokkenheid bij de gunning van het openbaredienstcontract ter zake wordt vermeden.

(17) In overweging 25 van Richtlijn 2012/34/EU wordt vermeld dat de toezichthoudende instanties informatie moeten uitwisselen en, indien dit in afzonderlijke gevallen nodig is, de beginselen en praktijken die zij hanteren om te beoordelen of het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract in gevaar komt, moeten coördineren. Zij moeten geleidelijk op basis van hun ervaringen richtsnoeren opstellen.

(18) Op grond van artikel 55 van Richtlijn 2012/34/EU dient de toezichthoudende instantie onder meer hiërarchisch en wat haar besluitvorming betreft, onafhankelijk te zijn van elke andere publieke of privaatrechtelijke entiteit.

(19) In artikel 61 van Richtlijn 2012/34/EU is bepaald dat de Commissie op verzoek van een lidstaat of een toezichthoudende instantie, dan wel uit eigen beweging, een onderzoek dient in te stellen naar specifieke maatregelen die door de nationale autoriteiten in toepassing van deze richtlijn zijn genomen met betrekking tot onder

meer de voorwaarden voor toegang tot de spoorweginfrastructuur. Dat dient binnen twaalf maanden na de vaststelling van die maatregelen te gebeuren. Overeenkomstig de in artikel 4 van Verordening (EU) nr. 182/2011 bedoelde procedure besluit de Commissie of de onderzochte maatregelen verder mogen worden toegepast.

III. Juridische beoordeling

(20) Op grond van artikel 10, lid 2, van Richtlijn 2012/34/EU krijgen spoorwegondernemingen recht op toegang tot de spoorweginfrastructuur van alle lidstaten voor de exploitatie van internationale passagiersvervoersdiensten, met inbegrip van het recht om op het internationale traject passagiers te laten instappen op elk station en hen te laten uitstappen op een ander station, ook wanneer die in dezelfde lidstaat liggen

(21) In artikel 10, lid 3, van Richtlijn 2012/34/EU is voorts bepaald dat de toezichthoudende instantie dient te bepalen of het hoofddoel van de dienst erin bestaat passagiers tussen stations in verschillende lidstaten te vervoeren. In Richtlijn 2012/34/EU is bij de bepaling van het hoofddoel geen sprake van de betrokkenheid van een andere instantie van de lidstaten dan de toezichthoudende instantie. Richtlijn 2012/34/EU voorziet niet in de verplichting, noch in de mogelijkheid, om het hoofddoel van de dienst te bepalen op basis van vooraf vastgestelde criteria. Derhalve is de invoering van vooraf vastgestelde criteria in het Nederlandse besluit liberaliseringsrichtlijn strijdig met Richtlijn 2012/34/EU.

(22) Luidens artikel 11, lid 2, van Richtlijn 2012/34/EU dient de toezichthoudende instantie van de lidstaat te bepalen of het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract al dan niet in gevaar komt wanneer het recht op toegang tot de spoorweginfrastructuur wordt verleend. Daartoe dient de toezichthoudende instantie een objectieve economische analyse te maken en een besluit te nemen op basis van objectieve vooraf vastgestelde criteria. De vraag of deze vooraf bepaalde criteria uitsluitend door de toezichthoudende instantie kunnen worden vastgesteld, dan wel ook door andere nationale instanties, zoals in het door de Nederlandse minister van Vervoer vastgestelde besluit liberaliseringsrichtlijn, moet worden beantwoord op basis van de formulering en de doelstellingen van de richtlijn.

(23) Op grond van artikel 11, lid 2, dient de toezichthoudende instantie te bepalen of het economisch evenwicht in gevaar komt en moet dat gebeuren op basis van een objectieve economische analyse aan de hand van vooraf bepaalde criteria. In dit artikel is alleen sprake van de toezichthoudende instantie en wordt de bevoegdheid om deze criteria vast te stellen bijgevolg alleen toegekend aan die toezichthoudende instantie. Aangezien de "vooraf bepaalde criteria" alleen ter sprake worden gebracht in de context van de economische analyse mag de in de eerste zin van artikel 11, lid 2, genoemde actie alleen worden uitgevoerd door de toezichthoudende instantie. Indien de wetgever van oordeel was geweest dat ook een andere instantie de vooraf bepaalde criteria mag vaststellen, had hij dit expliciet vermeld in artikel 11, lid 2.

(24) Deze interpretatie wordt bevestigd door overweging 25 en artikel 11, lid 4, van Richtlijn 2012/34/EU. In overweging 25 van Richtlijn 2012/34/EU wordt vermeld dat de toezichthoudende instanties informatie moeten uitwisselen en, indien dit in afzonderlijke gevallen nodig is, de beginselen en praktijken die zij hanteren om te beoordelen of het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract in gevaar komt, moeten coördineren. Zij moeten geleidelijk op basis van hun ervaringen richtsnoeren opstellen.

(25) Dergelijke "richtsnoeren" en "beginselen" zijn van algemene strekking en in verschillende gevallen van toepassing. Zij stemmen derhalve overeen met het begrip "vooraf bepaalde criteria", als bedoeld in artikel 11, lid 2, van Richtlijn 2012/34/EU. Het doel van overweging 25 is het mogelijk te maken de criteria te bepalen op basis van ontwikkelingen op een veranderende markt en die criteria, indien nodig, aan te passen. De toezichthoudende instantie bevindt zich in de meest geschikte positie om die ontwikkelingen te analyseren aangezien zij belast is met de analyse van specifieke verzoeken voor de exploitatie van internationale treinen en zij algemene criteria en richtsnoeren kan opstellen op basis van haar besluitvormingspraktijk.

(26) De toezichthoudende instanties uit alle EU-lidstaten dienen voorts hun ervaringen te vergelijken en gemeenschappelijke criteria vast te stellen om het economisch evenwicht te beoordelen. Een dergelijke samenwerking is niet mogelijk indien de toezichthoudende instanties van een aantal lidstaten in een restrictieve nationale regelgeving vastgestelde criteria dienen toe te passen, terwijl andere toezichthoudende instanties die criteria zelf mogen bepalen. Een dergelijke beperking in de nationale wetgeving maakt het bovendien onmogelijk om de criteria aan te passen aan de veranderende spoorwegmarkten, die voortdurend evolueren.

(27) Voorts is de internationale samenwerking tussen de toezichthoudende instanties met het oog op de vaststelling van de criteria om het economisch evenwicht te bepalen voorzien in artikel 11, lid 4, van Richtlijn 2012/34/EU. Op grond van dit artikel dient de Commissie "op basis van de ervaring van de toezichthoudende instanties" en "op basis van de werkzaamheden van het netwerk van toezichthoudende instanties" maatregelen vast te stellen waarin de voor de toepassing van artikel 11 (leden 1, 2 en 3) te volgen procedure en criteria nader worden bepaald. In dit artikel wordt niet vermeld dat de Commissie rekening dient te houden met nationale regelgeving waarin dergelijke criteria zijn vastgesteld.

(28) Het feit dat de criteria alleen door een onafhankelijke toezichthoudende instantie kunnen worden bepaald is ook een gevolg van de in Richtlijn 2012/34/EU vastgestelde regels om te waarborgen dat de toezichthoudende instantie tijdens dat proces niet in een belangenconflict terechtkomt. In overweging 23 van Richtlijn 2012/34/EU wordt benadrukt dat de toezichthoudende instantie op zodanige wijze te werk moet gaan dat belangenverstrengeling of elke mogelijke betrokkenheid bij de gunning van het openbaredienstcontract ter zake vermeden wordt. Op grond van artikel 55 van Richtlijn 2012/34/EU dient de toezichthoudende instantie onder meer hiërarchisch en wat haar besluitvorming betreft onafhankelijk te zijn van elke andere publieke of privaatrechtelijke entiteit. In overweging 14 van Richtlijn 2007/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 tot wijziging van Richtlijn 91/440/EEG van de Raad betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap, en van Richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur[3] is reeds gesteld dat moet worden gewaarborgd dat de toezichthoudende instantie organisatorisch onafhankelijk is van elke bevoegde instantie die bij de gunning van openbaredienstcontracten is betrokken. In Nederland is het Ministerie van Infrastructuur en Milieu verantwoordelijkheid voor de gunning van de HRN-concessie. Als concessieverlener kan de minister van Infrastructuur en Milieu de toezichthoudende instantie derhalve verzoeken om het hoofddoel van een nieuwe dienst te beoordelen of om te bepalen of het economisch

[3] PB L 315 van 3.12.2007, blz. 44.

evenwicht van een bestaand openbaredienstcontract in gevaar komt door een nieuwe internationale dienst. Indien dit onderzoek op basis van strikte door de minister vastgestelde drempels wordt gevoerd, ontstaat echter een belangenconflict dat de richtlijn tracht te vermijden door de aanstelling van een onafhankelijke toezichthoudende instantie die belast wordt met de vaststelling van de beoordelingscriteria. In haar interpretatieve mededeling betreffende sommige bepalingen van Richtlijn 2007/58/EG[4] heeft de Commissie toegelicht dat de beoordeling van het economisch evenwicht moet gebeuren op basis van een objectieve methode en vooraf bepaalde criteria. Alleen de toezichthoudende instanties zijn verantwoordelijk voor de ontwikkeling van die methode, met inbegrip van de toe te passen criteria. Deze bevoegdheid kan in geen geval worden ingeperkt door een openbare instantie die bij de gunning van openbaredienstcontracten is betrokken.

(29) Zelfs indien de interpretatie van Richtlijn 2012/34/EU zou betekenen dat ook een andere nationale instantie de betrokken criteria mag vaststellen, wijst de Commissie erop dat de beslissing van de toezichthoudende instantie in het door Nederland vastgestelde besluit liberaliseringsrichtlijn wordt gekoppeld aan een zeer beperkte groep criteria en strikte drempels en dat de beslissingsmarge van de regelgevende instantie wordt herleid tot een pure berekening op basis van drempelwaarden. Dit maakt het voor de toezichthoudende instantie onmogelijk om rekening te houden met de specifieke omstandigheden van de betrokken openbare dienst. Niettegenstaande zulks is vereist op grond van Richtlijn 2012/34/EU, kan geen objectieve economische analyse van elk specifiek geval worden gemaakt op basis van de in de overwegingen van die richtlijn genoemde criteria omdat de toezichthoudende instantie alleen de in de nationale wetgeving vastgestelde specifieke drempels mag toepassen. Derhalve worden in het Nederlandse besluit liberaliseringsrichtlijn niet alleen de criteria bepaald maar ook precieze drempels vastgesteld die moeten worden nageleefd. Hierdoor krijgt de toezichthoudende instantie geen ruimte meer om een objectieve economische analyse te maken.

(30) Een vergelijkbare conclusie is van toepassing op de beoordeling van het hoofddoel van de nieuwe dienst, waarbij de regelgevende instantie geen enkele marge krijgt om van de in het besluit vastgestelde drempels af te wijken wanneer een beoordeling wordt gevraagd door de minister van Infrastructuur en Milieu of door de houder van de HRN-concessie.

(31) Uit de toelichting van de Nederlandse autoriteiten blijkt dat de in het besluit liberaliseringsrichtlijn vastgestelde drempels gebaseerd zijn op de cijfers voor de bestaande treindiensten. De restrictieve drempels hebben betrekking op zowel het hoofddoel als het economisch evenwicht. Een maximumcijfer van 0,4 % als drempelwaarde voor de daling van het aantal passagiers of de omzet kan worden geïnterpreteerd als een intentie van de Nederlandse autoriteiten om het voor de liberalisering bestaande status quo in stand te houden en derhalve de belangen van de nationale spoorwegonderneming te beschermen. Deze drempels liggen kennelijk zo laag dat zelfs één nieuwe internationale speler een te grote impact heeft om toegang tot de Nederlandse markt te krijgen. De doelstelling van Richtlijn 2012/34/EU is echter om alle EU-spoorwegondernemingen in de hele Unie het recht te verlenen op toegang de spoorweginfrastructuur en -diensten. Deze doelstelling kan in het gedrang komen door de in het besluit liberaliseringsrichtlijn vastgestelde drempels. De mogelijkheid waarin Richtlijn 2012/34/EU voorziet om de toegang tot de spoorwegmarkt te

---

4 PB C 353 van 28.12.2010, blz. 1.

beperken wanneer het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract in gevaar komt, heeft niet tot doel om de toegang voor alle EU-exploitanten te blokkeren maar om de openbare diensten te beschermen wanneer die in het gedrang komen, dwz. wanneer die diensten door de nieuwe internationale diensten niet meer economisch levensvatbaar zijn. Het is twijfelachtig dat dit het geval is bij een verlies van slechts 0,4 % van de omzet of het aantal passagiers. Een besluit in die zin kan hoe dan ook slechts worden genomen door een toezichthoudende instantie naar aanleiding van een individueel verzoek om een internationale trein te mogen exploiteren en rekening houdend met alle relevante factoren en omstandigheden in elke specifieke situatie. Een dergelijke beperking mag niet als algemene regel worden opgelegd bij ministerieel besluit en vóór de indiening van een aanvraag voor de vergunning voor de exploitatie van een internationale trein.

(32) Om dezelfde reden is het erg twijfelachtig dat kan worden geëist dat een trein minstens 75 % grensoverschrijdende passagiers of grensoverschrijdende omzet haalt om te kunnen besluiten dat het hoofddoel erin bestaat "passagiers te vervoeren tussen stations in verschillende landen". In het besluit liberaliseringsrichtlijn wordt niet gemotiveerd waarom een trein die meer dan de helft, maar minder dan 75 % internationale passagiers vervoert, niet als een internationale passagiersdienst wordt beschouwd.

(33) Ongeacht haar beoordeling van de verenigbaarheid van het besluit liberaliseringsrichtlijn met Richtlijn 2012/34/EG op het gebied van de methode en criteria die worden voorgesteld om te beoordelen of het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract in gevaar komt en om te beoordelen of het hoofddoel van een dienst internationaal vervoer is, is de Commissie van oordeel dat de in de artikelen 3 en 5 van het besluit liberaliseringsrichtlijn vervatte maatregelen niet verenigbaar zijn met Richtlijn 2012/34/EU. Door de vaststelling van exacte drempels in het besluit krijgt de toezichthoudende instantie geen ruimte om te beoordelen of het hoofddoel van een dienst erin bestaat passagiers te vervoeren tussen stations in verschillende lidstaten, als vereist in artikel 10, lid 3, van Richtlijn 2012/34/EU. Bovendien zijn in het besluit restrictieve criteria vastgesteld om te bepalen of het "economisch evenwicht" in gevaar komt als bedoeld in artikel 11, lid 2, van Richtlijn 2012/34/EU en krijgt de toezichthoudende instantie niet de mogelijkheid om elke individuele situatie aan een economische analyse te onderwerpen.

IV. Conclusies

(34) Om de voornoemde redenen is de Commissie van oordeel dat de in de artikelen 3 en 5 van het besluit liberaliseringsrichtlijn vastgestelde maatregelen niet verenigbaar zijn met de artikelen 10, 11 en 55 van Richtlijn 2012/34/EU en niet langer mogen worden toegepast,

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

Artikel 1

De artikelen 3 en 5 van het Besluit van het Koninkrijk der Nederlanden houdende vaststelling van nadere regels met betrekking tot de liberalisering van het internationaal personenvervoer per trein, waarin vooraf bepaalde criteria zijn vastgesteld om het hoofddoel van een spoorvervoersdienst te beoordelen en om te bepalen of het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract door een nieuwe dienst in gevaar komt, zijn onverenigbaar met de artikelen 10, 11 en 55 van Richtlijn 2012/34/EU en mogen derhalve niet langer worden toegepast na de vaststelling van dit besluit.

Artikel 2

Dit besluit is gericht tot het Koninkrijk der Nederlanden.

Gedaan te Brussel, op 18.7.2013

Voor de Commissie
Siim KALLAS
Vicevoorzitter

VOOR GELIJKLUIDEND AFSCHRIFT
Voor de secretaris-generaal

Jordi AYET PUIGARNAU
Directeur van de Griffie
EUROPESE COMMISSIE